

DECISION N°2019-L0094/ARCOP/ORD

sur recours des entreprises PLANETES SERVICES et ECGYK contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2019-04/MC-RP/SG/DG.RTB/PRM pour l'achat de fournitures de bureau au profit de la Radiodiffusion Télévision du Burkina (RTB).

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

- Vu** *la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 07 mars 2019 de PLANETE SERVICES et ECGYK contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Monsieur Amado OUEDRAOGO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame Céline KONE/DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Silamana SOMANDA, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Salif KIEMTORE, gérant de PLANETE SERVICES ; Messieurs Pamela Justin IDO et Galou BADOULOU, respectivement agent et technicien de ECGYK ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Christian SAWADOGO et Soaré DIALLO, respectivement agent du contrôle interne et PRM de la RTB ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Saïdou OUEDRAOGO, assistant juridique de ETB ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;

considérant qu'aux termes de l'article 24 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que les recours concernent la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2019-04/MC-RP/SG/DG.RTB/PRM pour l'achat de fournitures de bureau au profit de la Radiodiffusion Télévision du Burkina (RTB) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaître ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique susvisée « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- (...)
- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel: deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas.

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine.

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;
(...) » ;

considérant que les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2524 du mercredi 06 mars 2019 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 11 mars 2019 ; que les entreprises PLANETE SERVICES ET ECGYK ont saisi l'ORD par lettres en date du 07 mars 2019 ; qu'avant cette saisine, ECGYK a d'abord effectué un recours préalable auprès de la RTB, par lettre en date du 06 mars 2019 ; que, dès le lendemain, l'autorité contractante y a apporté une réponse défavorable ; que, par ailleurs, les recours sont conformes aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

AU FOND:

sur les faits,

la Radiodiffusion Télévision du Burkina (RTB) a lancé la demande de prix n°2019-04/MC-RP/SG/DG.RTB/PRM pour l'achat de fournitures de bureau au profit de ladite structure ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de PLANETE SERVICES non conforme au dossier de demande de prix (DDP) au motif qu'il n'a pas proposé de pays d'origine pour tous les items ; quant à ECGYK, son offre a été déclarée non conforme pour avoir proposé un prospectus de dictionnaire 2018 au lieu de 2019 demandé dans le DDP et pour offre anormalement basse après correction de l'item 48 et application de la TVA sur le montant HTVA avant la remise ;

PLANETE SERVICES conteste cette décision de la CAM et fait valoir qu'il a doublement proposé les pays d'origine tant dans les bordereaux des prix unitaires qu'au niveau des spécifications techniques demandées dans le DDP ; il relève que, par ailleurs, l'attributaire provisoire n'a pas renseigné les différents formulaires à compléter à savoir les marchés en cours d'exécution, les marchés résiliés au cours des douze (12) derniers mois et les litiges en cours impliquant le soumissionnaire, alors qu'il est précisé au niveau des formulaires des marchés résiliés que la rétention de l'information est assimilée à la fraude et sanctionnée comme telle ;

quant à ECGYK, il argue que le DAO a demandé, à l'item 24, un dictionnaire 2019 ou équivalent au niveau de la désignation et celui de 2017 au niveau des spécifications techniques et normes applicables ;

il juge qu'il y a donc contradiction entre les spécifications techniques et les désignations et, qu'en l'espèce, les spécifications priment sur les désignations ; qu'il s'agit d'une erreur de l'administration et qu'il convenait de l'assumer en écartant toutes les offres ; de ce fait, il estime donc que son échantillon est conforme à toutes les caractéristiques techniques demandées dans le DDP ;

que pour ce qui concerne le deuxième grief, dans les marchés à commandes, le critère anormalement bas ou élevé s'applique sur les montants maximums des offres tandis que l'attribution se fait sur les montants minimums et qu'aussi, dans une facture avec remise, la TVA s'applique après la remise et non avant ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

sur le recours de PLANETE SERVICES,

considérant que le dossier de demande de prix a fait obligation aux soumissionnaires d'indiquer les pays d'origine des articles proposés ; que, par ailleurs, le dossier a également exigé de présenter leurs prospectus ;

considérant qu'avant toute discussion au fond, la CAM a relevé qu'il y a eu une erreur de publication sur les griefs reprochés au requérant ; qu'en effet, PLANETE SERVICES a bien précisé les pays d'origine des articles proposés ; que son offre a plutôt été déclarée non conforme en raison du fait qu'il a fourni des photos commentées en lieu et place des prospectus requis ; que c'est dans la fiche de synthèse transmise à la DGCMEF pour avis et publication que l'erreur s'est glissée ; que s'agissant du renseignement des formulaires du DDP, la CAM a souligné que le dossier n'a pas requis de marchés similaires, ni de personnel minimum ; que, par conséquent, les formulaires et les annexes y relatifs n'ont pas été pris en compte dans l'analyse des offres ;

considérant que, suite aux vérifications, il est effectivement apparu que le Procès-verbal d'ouverture, d'analyse et de délibération a consacré des motifs de non-conformité différents de ceux qui ont été publiés sur la base de la fiche synthétique ; que le motif réel de non-conformité est lié aux photos que le requérant a produites selon la CAM au lieu de prospectus ou échantillons ;

considérant le principe d'efficacité et la célérité souhaitée dans la commande publique et avec l'autorisation des parties prenantes dont notamment celle de PLANETE SERVICES, l'ORD a jugé bon d'apprécier son recours sur la base du vrai motif de non-conformité ;

considérant que le requérant s'est défendu en relevant que tous les articles ne disposent pas de prospectus issus notamment des sites internet des fabricants ; qu'il a proposé des prospectus en bonne et due forme ; que, par ailleurs, il a émis des réserves sur la correction de l'offre financière de l'attributaire provisoire dont les items concernés n'ont pas été précisés ;

considérant que l'attributaire provisoire a noté que la non-conformité n'est pas la sanction appropriée car le dossier type ne l'a pas prévue ; que sur le motif reproché au requérant, il est d'accord avec la CAM ; qu'une simple photo n'est pas équivalent à un prospectus notamment pour les produits de fabrication industrielle ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a jugé que le requérant a effectivement produit des photos commentées au lieu de prospectus ; qu'il n'y a aucun lien établi avec les fabricants des articles concernés alors que les prospectus doivent être établis par leurs soins ; que, donc, sa plainte, sur ce point, n'est pas fondée ; que, par contre, le moyen relevé contre l'attributaire provisoire sur le renseignement des formulaires est fondée car celui-ci ne les a pas remplis ; que la rétention de l'information étant assimilée à une fraude, les soumissionnaires ont l'obligation de la fournir de bonne foi ; qu'à défaut comme c'est le cas en l'espèce, il y a lieu de conclure que toutes les offres concernées ne sont pas conformes sur ce point ; qu'enfin, sur les réserves soulevées relativement à la correction de l'offre financière de l'attributaire provisoire, aucun élément tangible ne permet de dire qu'elle est irrégulière ; qu'en tout état de cause, ce moyen ne pouvait être pris en compte, le requérant ne l'ayant pas expressément mentionné dans sa requête ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est partiellement fondée ;

sur le recours de l'entreprise ECGYK,

considérant le DDP a demandé un dictionnaire « Le petit LAROUSSE ILLUSTRÉ 2019 ou équivalent » à l'item 24 ; que, cependant, dans le tableau des spécifications techniques correspondant, il a été mentionné « le petit LAROUSSE illustré 2017 » ;

considérant que, selon ECGYK, le dossier a requis un dictionnaire de 2019 ou équivalent ; que, par conséquent, il a proposé un dictionnaire petit Larousse de 2018 dont les caractéristiques notamment en terme de nombre de mots sont équivalentes à celui de 2019 ;

considérant que la CAM a estimé que c'est le petit Larousse de 2019 que le DDP a exigé ; que le dictionnaire de l'année 2017 a été mentionné par erreur ; que, contrairement à la conception du requérant, la notion d'équivalent renvoie à la marque « Larousse » de telle sorte qu'il pouvait proposer un dictionnaire d'une autre marque et non aux caractéristiques du dictionnaire ;

considérant que l'attributaire provisoire a fait la même observation sur la notion de l'équivalence ; que s'il y a une incohérence dans un dossier, le soumissionnaire, en tant que professionnel doit être cohérent dans sa proposition ; qu'il n'est pas assujéti à la TVA et qu'il est normale que la règle de l'offre anormalement basse soit appliquée à ECGYK conformément aux textes en vigueur ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a jugé que le prospectus de dictionnaire de 2018 proposé est effectivement non conforme ; que le dossier a requis un dictionnaire illustré de 2019 ; que l'erreur qui s'est glissée dans la description du bien n'est pas suffisante pour dégager la responsabilité du requérant ; qu'il a été trompé par sa conception erronée de la notion d'équivalent, qui, pour lui, renvoyait aux caractéristiques techniques du dictionnaire ; qu'il s'ensuit que la plainte du requérant ne saurait prospérer sur ce point, la CAM ayant fait une bonne appréciation de l'affaire ;

considérant que, sur les corrections relatives au calcul horizontal de l'item 48, l'application de la TVA sur le montant HTVA avant l'application de la remise et l'offre anormalement basse, l'ORD a noté que tous ces éléments relèvent de l'offre financière ; qu'il a ainsi considéré qu'il n'est plus utile de se prononcer sur ces éléments, l'offre de l'entreprise ECGYK demeurant déjà techniquement non conforme en raison du dictionnaire de l'item 24 ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent;

-que les recours des entreprises PLANETES SERVICES et ECGYK sont recevables ;

-que la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que la plainte de PLANETE SERVICES est partiellement fondée ; qu'il a produit des photos commentées et non des prospectus ; qu'en ce qui concerne le renseignement des formulaires de soumission, sa plainte est fondée car l'attributaire ne les a pas fournis dans son offre ;

-que la plainte de l'entreprise ECGYK n'est pas fondée sur le prospectus du dictionnaire de 2019 ; que sur les autres moyens liés à l'offre financière, il n'y a plus lieu de statuer, son offre technique demeurant non conforme ;

-qu'il sied d'infirmes les résultats provisoires de la demande de prix n°2019-04/MC-RP/SG/DG.RTB/PRM pour l'achat de fournitures de bureau au profit de la Radiodiffusion Télévision du Burkina (RTB) ;

-que le Secrétaire permanent de l'Autorité de régulation de la commande publique est chargé de notifier aux parties et à la Direction générale du contrôle des marchés publics et des engagements financiers la présente décision qui sera publiée où besoin sera.

Ouagadougou, le 13 mars 2019

le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

*Chevalier de l'Ordre du Mérite de la Santé
et de l'Action sociale*